

Recurso re -  
Julgado em 23/05/1978

## SE PODE AJUIZÁ-LOS O CREDOR HIPOTECÁRIO EM EXECUÇÃO MOVIDA PELO CREDOR QUIROGRAFÁRIO

### RESUMO

- ... É sabido que os bens do devedor são a garantia comum de todos os seus credores. - A hipoteca especializa essa garantia sobre determinado bem imóvel do patrimônio do devedor em proveito de um ou mais credores. - Vê-se, assim, que o credor adquire, em razão da inscrição, do contrato de hipoteca, e não só contra o devedor, mas "erga omnes", um direito real na coisa imóvel que àquele pertence. - Esse direito se caracteriza pela seqüela, que é a pretensão processual reconhecida de poder ir o credor executar seu crédito sobre esse imóvel onde quer que esteja, e em mãos de quem quer que seja. Essa a razão pela qual CARNELUTTI chegou a sustentar que a hipoteca seria instituto de Direito Processual e não Material. - Assim, se o devedor aliena o imóvel hipotecado, o comprador há de pacientar, se inscrita a hipoteca, se exerça sobre ele (imóvel), a execução hipotecária (CC. art. 677). - Essa regra, parece, sofre exceção quando se trate de alienação judicial, mediante execução. - A opinião geral dos juristas entende insubsistente a hipoteca, ao interpretar o art. 849, nº VII, do CC. se o imóvel foi praxeado e arrematado. A garantia sub-roga-se no preço de arrematação tão-só. Esse o magistério de PONTES DE MIRANDA, bem como o de LIEBMAN (Processo de Execução, nº 72, letra "e"). - CLÓVIS BEVILÁQUA, contudo, aí acompanhado por AZEVEDO MARQUES, opina diferentemente, sustentando que não é qualquer execução, incidente sobre bens hipotecados, que faz desaparecer a garantia e extinguir a hipoteca: nesses casos, o credor hipotecário poderá exercer o direito de seqüela junto ao arrematante. A execução hipotecária regular, entretanto, é que extingue a hipoteca, mesmo porque ficaria ela sem objeto, pago o credor hipotecário (Cod. Civil Comentado, art. 847, nota 2, nº II, e 849, nota 7). - Esclareça-se que, segundo o art. 826 do CC, não será válida a venda judicial, se não notificada anteriormente ao credor hipotecário. - Ora, se se fez a notificação aí determinada, como também ordenada no art. 698, do CPC (que fala em "intimação"), uma de duas coisas pode acontecer: ou o credor hipotecário acode, ou não acode. - Se acudiu (e foi o caso dos autos), há de habilitar-se pelo seu crédito, ainda que a hipoteca não esteja vencida, pela autorização contida no art. 954, nº II, do CC, que reputa vencida a dívida se o bem hipotecado é objeto de penhora. - Então, já será o co-exeqüente o credor hipotecário, e "parte ativa", não podendo conceituar-se como terceiro. Sujeita-se o concurso de preferência, tal como previsto no art. 711 do atual CPC. - Se o credor hipotecário não acudiu à notificação, divide-se a doutrina. Segundo CLÓVIS BEVILÁQUA, nem por isso perde ele a garantia, e pode exercitar o direito de seqüela junto ao arrematante. - Segundo a opinião dominante, a garantia subroga-se no preço da arrematação e o imóvel passa livre ao arrematante. Resta, pois, ao credor hipotecário habilitar-se pela preferência, a ser disputada sobre esse preço. - Assim, e a vista das disposições de direito material, em nenhuma dessas duas hipóteses se vê como possa o credor hipotecário considerar-se terceiro prejudicado: Na primeira, porque é parte, necessariamente. Comparece à execução e há de habilitar-se para resguardar seu direito, disputando a preferência. Isso o que deveria ter feito o Banco do Brasil nesta execução. - Na segunda, porque, não acudindo à execução, e realizando-se a praça, já não subsiste o próprio direito (jus in re aliena) que lhe confortaria a pretensão, pois o imóvel passou-se livre ao arrematante, segundo uma corrente doutrinária; ou porque subsiste a garantia, ainda estando o imóvel em mãos do arrematante, segundo a corrente minoritária. - Agora, se não foi feita a notificação determinada nos arts. 698 do CPC e 826 do CC, também uma de duas coisas pode ocorrer: ou o credor hipotecário comparece, e então a

solução há de ser a mesma já referida para o caso de comparecimento com notificação, suprida que fica a irregularidade, ou o credor não comparece, pois, segundo a lei, a arrematação levada a efeito é ineficaz (inválida) em relação a ele. - Pela primeira corrente, é essa mais uma razão para que possa ele executar o imóvel objeto da garantia junto ao arrematante. - Pela opinião dominante, será necessário que ele promova a anulação da arrematação em juízo, para então executar o imóvel (efetivamente, trata-se de nulidade relativa, convalidável pelo pagamento posterior ao credor hipotecário). - De qualquer forma, e ante o restritivo e i

#### **EMENTA**

Aplicação do art. 1.047, nº II, do Código de Processo Civil. - O credor hipotecário, nos termos do art. 1.047, nº II, do Código de Processo Civil, não pode ajuizar embargos de terceiro, em execução movida por credor quirografário contra o devedor comum, quando penhorado o imóvel dado em garantia.